

Article

« La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991 »

Lucile Cipriani

Les Cahiers de droit, vol. 36, n° 1, 1995, p. 209-243.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043328ar>

DOI: 10.7202/043328ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991*

Lucile CIPRIANI**

Dans le présent texte, l'auteure analyse 161 jugements portant sur la prestation compensatoire de 1983 à 1991, appliquant l'article 559 du Code civil du Québec. La période de transition entre l'appropriation exclusive et le partage du patrimoine conjugal est analysée à partir des discours narratifs des parties et des juges. L'auteure fait un exposé de la demande des requérants, met en relief les silences et approximations judiciaires et présente une analyse critique de la réponse des juges et de ses fondements juridiques, le contrat et le droit civil, le tout dans une perspective féministe. Elle en arrive ainsi à illustrer la résistance judiciaire à modifier la règle de l'échange conjugal, à penser autrement les rapports conjugaux.

In the paper, the author analyzes 161 judgments on compensatory allowances from 1983 to 1991, applying article 559 of the Civil Code of Quebec.

This study focuses mainly on the transitional period between exclusive appropriation and partition of the conjugal patrimony on the basis of narrative discourses between judges and parties. The author makes a presentation of the plaintiffs' applications, emphasizes legal voids and

* Le présent article provient d'un mémoire de maîtrise fait à l'Université Laval en 1994 dans le cadre du projet de recherche du professeur Jean-Guy Belley sur « La normativité contractuelle dans la société contemporaine : éléments pour une théorie socio-juridique du contrat ». L'auteure remercie Jacqueline Roy pour son aide et son appui indéfectibles, sans qui le présent article n'aurait pas été.

** Avocate et étudiante au programme de doctorat en droit de l'Université Laval.

approximations, and provides a critical analysis of judges' responses and legal grounds, the contract and civil law, in all from a feminists' perspective.

She concludes with an illustration of legal resistance to change the rules of conjugal exchanges and to conceive conjugal relations in another framework.

	<i>Pages</i>
1. La prestation compensatoire.....	211
2. Les enjeux privés et judiciaires.....	215
3. Des portraits de famille	216
4. Les données financières	219
5. La demande de prestation compensatoire.....	222
5.1 Les tâches domestiques.....	223
5.2 Le travail pour l'entreprise du mari.....	225
5.3 L'apport financier	226
6. La réponse judiciaire	228
6.1 L'octroi ou le refus de prestation compensatoire.....	228
6.2 Les fondements juridiques de l'octroi ou du refus	229
6.2.1 Le contrat	230
6.2.2 Les règles de la preuve civile.....	234
6.2.2.1 La preuve directe.....	234
6.2.2.2 La preuve indirecte	237
7. La résistance judiciaire.....	240
Conclusion.....	242

La société québécoise, interpellée par l'inégalité économique des conjoints à la rupture des mariages, a choisi d'y chercher remède par le droit. Cependant, modifier la règle de l'échange conjugal, faire intervenir la volonté sociale au cœur du plus intime des échanges humains ne se fait pas sans heurts.

Dans un premier temps, le législateur crée le droit de réclamer une prestation compensatoire pour un apport en biens ou en services qui a enrichi le patrimoine du conjoint. Les tribunaux sont donc investis du devoir d'examiner les résultats financiers de l'échange conjugal et du pouvoir d'en ordonner la répartition, selon une règle de proportionnalité.

Le remède judiciaire sera un tel échec que la disposition législative sera insérée, sept ans après son entrée en vigueur, dans une nouvelle loi qui fixe des droits égaux pour les conjoints sur les actifs courants des couples québécois.

L'aventure de l'article 559 du *Code civil du Québec* aura donc été l'étape, courte mais combien intense, du passage d'une norme traditionnelle d'appropriation exclusive à une règle d'égalité.

Si la judiciarisation de cette étape s'est révélée un échec pour remédier à l'inéquité conjugale, elle a l'immense avantage, pour les sociologues et les juristes, d'avoir laissé des traces aisément repérables : les jugements rendus en la matière, dont l'étude donne accès aux prétentions des conjoints et à la réaction des juges. Une occasion privilégiée d'approcher le vécu conjugal d'une portion des couples québécois et son appréhension par le système judiciaire. De mesurer combien les valeurs des femmes sont peu prises en considération.

1. La prestation compensatoire

Alors que les épouses de l'Ontario, la province voisine du Québec, ont pleine capacité juridique depuis 1872¹ et que celles des autres provinces canadiennes auront toutes la leur avant 1923², les épouses québécoises doivent attendre 1964 pour entrer quelque peu dans la modernité à la faveur de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*³.

Une entrée en modernité progressive : l'épouse n'a plus à obéir à son mari⁴, elle peut exercer une profession⁵, elle a pleine capacité juridique quant à ses droits civils, sous réserve des restrictions qui découlent de son régime matrimonial⁶. La femme mariée sous le régime de la communauté de biens ne peut aliéner les produits de son travail à titre gratuit⁷ ce que son mari, sous réserve de son obligation de fournir, a toujours pu faire.

1. *Married Women's Property Act*, 1872, 35 Vict., c. 16.

2. Voir S. ALTSCHUL et C. CARRON, « Chronology of Some Legal Landmarks in the History of Canadian Women », (1975) 21 *McGill L.J.* 476.

3. *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66.

4. C.c.B.C., art. 174, modifié par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, précitée, note 3, art. 1.

5. C.c.B.C., art. 181, modifié par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, précitée, note 3, art. 1.

6. C.c.B.C., art. 177, modifié par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, précitée, note 3, art. 1.

7. C.c.B.C., art. 1425 a), modifié par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, précitée, note 3, art. 22.

La loi ne prononce cependant pas l'égalité conjugale : l'épouse « concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille⁸ », elle a pouvoir de représenter le mari pour les besoins courants du ménage⁹. L'épouse est donc la suppléante du mari ; une direction bicéphale à la famille est inconcevable¹⁰. La puissance paternelle et une part de l'autorité maritale sont maintenues¹¹.

Si le *Code civil du Bas Canada* n'établit pas l'égalité des conjoints, il en est autrement de la *Charte des droits et libertés de la personne* adoptée par l'Assemblée nationale du Québec en 1975¹². Non seulement la Charte québécoise interdit la discrimination fondée sur le sexe dans les rapports privés, mais elle énonce à l'article 47 inséré dans le chapitre des droits économiques et sociaux :

47[Égalité des époux] Les époux ont, dans le mariage, les mêmes droits, obligations et responsabilités.

[Direction conjointe de la famille] Ils assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et l'éducation de leurs enfants communs.

Égalité ? Suppléance ? La puissance paternelle ne sera remplacée par l'autorité parentale que deux ans après l'adoption de la Charte québécoise¹³. Les autres règles sur le mariage et ses effets édictées par le *Code civil du Bas Canada* auront force de loi jusqu'en 1980 !

Le passage d'une règle de la conjugalité à une autre se fait par étapes, et non sans incohérence. Ce n'est donc que deux ans après l'entrée en vigueur de la Charte québécoise que l'égalité parentale sera énoncée, et cinq ans après que l'égalité des époux sera inscrite au *Code civil du Québec*¹⁴.

Pendant ces années, deux lois également valides, le *Code civil du Bas Canada* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, auront édicté deux règles divergentes au regard des droits et obligations des maris et des épouses.

8. C.c.B.C., art. 174, modifié par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, précitée, note 3, art. 1.

9. C.c.B.C., art. 180, modifié par la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, précitée, note 3, art. 1.

10. J.-L. BAUDOUIN, « Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise », (1965) 43 *R. du B. can.* 392.

11. C.c.B.C., art. 243, 200 et 1259.

12. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

13. C.c.B.C., art. 243, modifié par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5.

14. Les articles 441 et 443 du *Code civil du Québec* sont entrés en vigueur le 12 avril 1981 par la *Loi instaurant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 1 (ci-après citée : « C.c.Q. »).

Phénomène rare s'il en est, l'un des principes fondamentaux du droit étant justement sa cohérence. Phénomène significatif aussi : pendant ces années, le conflit entre les dispositions n'a pas été soulevé. L'article 47 de la Charte québécoise n'a jusqu'ici jamais été invoqué dans une cause rapportée, bien qu'il soit possible de recourir aux tribunaux pour faire cesser une atteinte à un droit ou à une liberté protégés par la Charte et obtenir réparation du préjudice moral ou matériel qui en a résulté¹⁵.

Comment expliquer que la Charte québécoise dont la portée symbolique est au Québec si importante n'ait pas été plaidée en matière conjugale autrement que par le fait que, durant l'échange conjugal, la judiciarisation des conflits n'est ni pratiquée ni praticable et que, à la rupture, une autre logique et d'autres dispositions entrent en jeu ?

Pendant ces années de dissonance législative, les conjoints et les tribunaux ont fait prévaloir la règle du *Code civil du Bas Canada* sur celle de la *Charte des droits et libertés de la personne*, comme si la chose allait de soi.

En 1981 donc, le *Code civil du Québec* abroge la règle civile ancienne. Les époux québécois ont désormais des obligations et droits égaux¹⁶. Au surplus, le *Code civil du Québec* crée une règle nouvelle, applicable à la fin de l'échange conjugal¹⁷, la prestation compensatoire¹⁸ :

559 Au moment où il prononce le divorce, le Tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport, en biens ou services, de ce dernier à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage.

Cette prestation compensatoire peut être payée en tout ou en partie, par l'attribution d'un droit de propriété, d'usage ou d'habitation, conformément aux articles 458 à 462.

15. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 12, art. 49.

16. C.c.Q., art. 441, 443, 445 :

441 Les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations [...].

445 Les époux contribuent aux charges du mariage en proportion de leurs facultés respectives.

Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer.

17. C.c.Q., art. 533.

18. C.c.Q., art. 559. Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1982. L'article 559 C.c.Q. s'applique en matière de séparation de corps : C.c.Q., art. 536. 1. À l'égard de l'immeuble qui sert de résidence principale de la famille, seul un droit d'habitation peut être attribué en cas de séparation de corps : C.c.Q., art. 459 ; en cas d'annulation ou de dissolution du mariage, le tribunal peut attribuer un droit de propriété ou d'habitation : C.c.Q., art. 459.

La prestation compensatoire n'est pas une mesure de nature alimentaire, mais un droit de compensation pour les biens et services fournis, quand il n'y a plus rien à attendre de la conjugalité, que la réciprocité potentielle¹⁹ a fait défaut, que se ferment les comptes conjugaux.

Le mariage n'est donc plus le lieu du don sans attente de retour. Les divorcées, les séparées sont nombreuses à se sentir flouées, à vivre l'indigence. Le législateur québécois veut remédier aux effets, à l'inéquité des résultats²⁰.

Au sortir de la relation intime, l'équation mise à l'examen est une équation économique. Le reste, exclu du domaine du droit, la société sait mal où le remettre en question et comment.

Au regard de la prestation compensatoire, le débat est circonscrit, réduit aux pertes et profits, la dialectique primaire du marché, facile à comprendre, facile à manipuler. La norme de répartition est fixée par le législateur. Ce n'est ni le besoin, ni l'égalité de principe, mais la proportionnalité, un rapport entre l'apport de l'un et l'enrichissement de l'autre. De même, la norme de rétribution est fixée, autant en raison de la réduction du débat qu'en raison du forum lui-même. Un jugement doit être susceptible d'exécution. La compensation ne peut être que financière.

Seuls les services, les biens matériels et l'argent, les biens les plus « lourds » dans l'axe de matérialité de Foa et Foa²¹, sont, dans la logique économique, pris en considération.

Au monde de l'homme « économique », les femmes s'arriment au modèle et à la logique dominants, élaborent un discours de pertes et profits, revendiquent une égalité de fait et de droit.

Débat circonscrit, biens restreints, normes de répartition et de rétribution fixées, les choses auraient pu être relativement simples. Elles seront au contraire très compliquées.

19. J. KELLERHALS *et al.*, *Mariages au quotidien*, Lausanne, Pierre-Marcel Favre, 1982. Par « réciprocité potentielle », les auteurs entendent l'attente d'une contrepartie future et adéquate, l'assurance pour les conjoints de voir leurs sacrifices récompensés plus tard ou autrement, puisque la vie conjugale n'appelle une contre-prestation ni immédiate ni identique.

20. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, Projet de loi 89, 6^e session, 31^e législature (Québec).

21. U.G. FOA et E.B. FOA, *Societal Studies of the Mind*, Springfield, Charles C. Thomas, 1974. Foa et Foa posent deux axes (particularisme et matérialité) et six catégories (amour, statut, information, services, biens matériels, argent) pour toutes les ressources qui participent aux échanges humains.

2. Les enjeux privés et judiciaires

L'article 559 du *Code civil du Québec* investit les juges du devoir d'examiner les résultats économiques et du pouvoir de remédier à l'inéquité. Il crée un forum pour l'appréciation des résultats. Il permet l'examen public et en plein jour du plus intime des rapports humains.

Surtout, l'article 559 du *Code civil du Québec* interpelle chaque juge sur la conjugalité, le pouvoir, les rôles et leurs conséquences financières. Changer l'ordre confortable des choses ? La résistance judiciaire sera impressionnante. Sous couvert de rationalisations fondées et raffinées à souhait se profilent les schémas, les nostalgies, l'identité nationale, le droit du plus fort à disposer de l'autre, la mise à l'écart de l'article 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²² et le mépris des femmes.

L'article 559 du *Code civil du Québec* touche au sacré, oblige à dévoiler valeurs et normes. Une occasion surprenante d'accéder quelque peu à l'inconscient collectif. Une occasion fascinante de mesurer à quel point la fin justifie les moyens. Les juges disent n'importe quoi et son contraire. Une incohérence impressionnante. Le refus de changer et l'obligation de le faire.

Pour connaître la réaction judiciaire, l'organisation de sa résistance et les motifs qu'elle invoque tour à tour pour lui donner forme d'argument de droit plus que d'autorité, pour saisir les schémas²³ qui l'alimentent, il faut aussi passer par le discours, naïf et construit, des narrateurs de l'histoire conjugale.

S'il est exact d'affirmer que la jurisprudence donne accès aux discours des parties au litige, deux mises en garde s'imposent d'emblée : d'une part, il s'agit d'un discours construit et stratégique²⁴ et, d'autre part, ces discours sont transmis par la narration d'un tiers, elle-même construite et stratégique.

Plus que tout autre événement, l'échec conjugal, parce qu'il est porteur d'une crise identitaire²⁵, amène les conjoints à chercher explications et justifications. Il importe non seulement de retrouver ou de préserver son identité, mais au surplus d'avoir gain de cause. Le récit sera donc non

22. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 12.

23. S.T. FISKE et S.E. TAYLOR, *Social Cognition*, 2^e éd., New York, McGraw-Hill, 1991. Voir : D.O. SEARS, L.A. PEPLAU et S.E. TAYLOR, *Social Psychology*, 7^e éd., Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1991.

24. A. LEMPEREUR, « La rhétorique juridique comme vaccin ou sérum social », dans O. REBOUL et J.-F. GARCIA (dir.), *Rhétorique de...*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 89-111.

25. I. THÉRY, *Le démantèlement de la justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993.

seulement une rhétorique justificative²⁶, un récit stratégique, mais un récit construit. Seuls les faits pertinents au domaine limité du droit, les faits juridiques, sont retenus. Et renommés. Le droit ne prend pas en charge la détresse humaine ou conjugale. Il n'a à offrir que sanction de droits et arbitrage.

Dans un débat compétitif et centré sur les faits, ce à quoi est véritablement réduite l'audition judiciaire (sans hasard aucun), le style narratif des femmes les dessert²⁷. Tout comme l'évacuation des émotions de l'enjeu à débattre²⁸.

Dans un débat économique, les faits dont on sollicite la narration sont des chiffres. Lorsque les épouses témoignent, une part importante de leur vie, de leurs valeurs, de leurs réalisations est privée de forum, de reconnaissance²⁹.

Dans la majorité des cas, le discours du juge est une narration écrite. Il s'agit, comme pour les conjoints, d'une narration stratégique³⁰. Le juge relate ce qui sert son propos. La narration ici sert à légitimer la décision judiciaire. Aux yeux des parties, sans doute, mais également aux yeux de ses pairs, de ses supérieurs, de l'opinion publique. Ne se retrouve dans la narration judiciaire que la portion congrue et « utile » des récits des conjoints. Par sélection judiciaire.

3. Des portraits de famille

Les 161 jugements portant sur la prestation compensatoire dont le texte intégral a été publié³¹ ont été analysés et répertoriés pour une bonne part à

26. A. LEMPEREUR, *loc. cit.*, note 24.

27. B. THORNE et N. HENLEY, « Difference and Dominance: An Overview of Language, Gender, and Society », dans B. THORNE et N. HENLEY (dir.), *Language and Sex: Difference and Dominance*, Rowley, Ma, Newbury House Publishers, 1975 ; J. BERNARD, « Talk, Conversation, Listening, Silence », dans *The Sex Game*, New York, Atheneum, 1972, pp. 135-164 ; C.E. KIMBLE et J.L. MUSGROVE, « Dominance in Arguing Mixed-sex Dyads: Visual Dominance Patterns, Talking Time, and Speech Loudness », *Journal of Research in Personality*, vol. 22, 1988, pp. 1-16.

28. W. WIEGERS, « Economic Analysis of Law and « Private Ordering »: A Feminist Critique », (1992) 42 *U. of Toronto L.J.* 170 ; C. GILLIGAN, *Une si grande différence*, Paris, Flammarion, 1986.

29. I. THÉRY, *op. cit.*, note 25 ; J. KELLERHALS, J. COENEN-HUTHER et M. MODAK, « Les couples et leur justice », *Autrement, série mutations*, n° 105, mars 1989, pp. 100-107.

30. A. LEMPEREUR, *loc. cit.*, note 24.

31. Au Québec, la publication des jugements est presque exclusivement le fait de la Société québécoise d'information juridique (SOQUIJ), une société paragouvernementale, qui publie les *Recueils de jurisprudence du Québec* (R.J.Q.) et les *Recueils de droit de la famille* (R.D.F.), entre autres.

même la recension *Prestation compensatoire, 1983-1991*³². La publication des jugements étant aléatoire, 45 jugements de la Cour d'appel analysés statuent sur des jugements de première instance qui n'ont pas été rapportés.

Parce que mari et épouse sont tous deux requérants dans 15 cas, il y a donc en tout 176 requérants, pour 161 jugements : 53 maris, soit 30 p. 100, et 123 épouses, soit 70 p. 100 des requérants. Cinq jugements statuent en appel de jugements analysés³³, ce qui laisse 156 couples.

Au total, 87 p. 100 des couples sont mariés sous le régime de la séparation de biens, 8 p. 100 sous celui de la communauté. En séparation de biens, les donations d'argent consenties par le futur époux à la future épouse et portées au contrat de mariage constituent la manière usuelle et acceptée de « compenser » financièrement l'épouse pour le rôle qu'on attend d'elle³⁴. Pour vraiment pas cher dans les jugements étudiés. Sauf dans un cas³⁵, les donations sont de valeur très ordinaire, qui, non indexée, vieillit mal³⁶. Pour 85,5 p. 100 des cas de données rapportées, les donations à l'épouse varient entre 1 000 \$ et 15 000 \$.

Les rôles sont ségrégués dès le contrat de mariage en séparation de biens : les futurs maris s'engagent expressément à remplir le rôle de pourvoyeur familial soit seuls, soit sans obligation civile de rembourser l'épouse qui aurait contribué à pourvoir aux besoins de la famille.

Dans 78 p. 100 des jugements intervenus à l'égard des couples mariés sous le régime de la séparation de biens, les juges ne rapportent pas l'information relative à l'obligation de pourvoir des maris, à son étendue, à son exclusivité, laquelle régit ces rapports conjugaux jusqu'en 1981³⁷.

32. C. PICHÉ-BURTON, *Prestation compensatoire, 1983-1991*, coll. « Atout-Maître », Montréal, SOQUIJ, 1992. La publication ne regroupe pas la totalité des jugements intervenus en la matière, tant s'en faut. Elle est cependant suffisamment étoffée et variée pour servir à la présente analyse.

33. *Droit de la famille* — 67, [1985] C.A. 135, voir : *Droit de la famille* — 67, [1983] C.S. 397 ; *Droit de la famille* — 144, [1987] R.J.Q. 253 (C.A.), voir : *Droit de la famille* — 144, [1984] C.S. 646 ; *Droit de la famille* — 357, [1987] R.J.Q. 836 (C.A.), voir : *Droit de la famille* — 1013, [1986] R.D.F. 109 (C.S.) ; *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, voir : *Droit de la famille* — 176, [1985] C.A. 5 ; *M.E.M. c. P.L.*, [1992] 1 R.C.S. 183, voir : *Droit de la famille* — 594, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.). Pour pimenter les choses, l'appellation numérolologique n'est pas constante d'un niveau à l'autre et tombe en Cour suprême.

34. *Droit de la famille* — 46, [1983] C.S. 392.

35. *Droit de la famille* — 866, [1990] R.J.Q. 1833 (C.A.).

36. Par exemple : *Droit de la famille* — 46, précité, note 34 ; *Droit de la famille* — 1184, [1988] R.D.F. 272 (C.S.).

37. *Supra*, note 16. L'article 445 C.c.Q., disposition d'ordre public, doit prévaloir sur les obligations contractuelles consenties par les époux : C.c.Q., art. 440.

Voilà un silence qui parle, puisque l'une ou l'autre clause se retrouve usuellement dans les contrats en séparation de biens, contrats pourtant produits au dossier de la Cour.

Par ailleurs, 74 p. 100 des épouses ont entre 40 et 60 ans : 40 p. 100 des épouses ont plus de 50 ans et 85 p. 100, plus de 40 ans. La rupture survient donc majoritairement au mitan de leur vie, une fois les enfants grandis, une fois les services attendus de leur rôle *expressif*³⁸ rendus, pour la grande part. Pour ces épouses, l'acquisition d'une autonomie financière par des revenus d'emploi est difficile, voire impossible.

Les requêtes pour prestation compensatoire présentées devant les tribunaux sont majoritairement le fait de couples dont la vie familiale en est à sa troisième phase³⁹. Le temps d'accumuler un patrimoine ? Tout probablement. La troisième phase de vie familiale correspond au troisième cycle de l'emploi et de l'épargne⁴⁰. Le temps aussi sans doute que grandissent les enfants. Le temps de mesurer les divergences, l'échec de la réciprocité potentielle⁴¹. Le temps de savoir les attentes vaines.

On compte 29 p. 100 des épouses qui n'ont jamais été sur le marché du travail durant le mariage, 51 p. 100 qui y ont été à temps partiel ou de façon intermittente, subordonnée⁴² aux besoins familiaux ; enfin, 19 p. 100 ont occupé un emploi rémunéré durant toute la durée du mariage.

La maison familiale constitue l'actif premier des couples québécois (123 mentions), souvent le seul actif rapporté. Majoritairement, le patrimoine mis en cause est la propriété exclusive des maris. Lorsqu'il s'agit d'un patrimoine appartenant à l'épouse, sauf exception⁴³, il se compose presque uniquement d'un droit de propriété, entier ou partiel, sur la maison familiale, donné le plus souvent par le mari et qu'il veut récupérer.

38. T. PARSONS et R. BALES, *Family Socialization and Interaction Process*, New York, Free Press, 1955. Le rôle traditionnel du mari est qualifié d'*instrumental*, celui de l'épouse, d'*expressif*. Terminologie employée depuis à toutes les sauces et par toutes les sciences... Emploi critiqué : en droit, voir : U. GERHARD, « Women's Experiences of Injustice : Some Methodological Problems and Empirical Findings of Legal Research », (1993) 2 *Social and Legal Studies* 303-321 ; en linguistique, voir : B. THORNE et N. HENLEY (dir.), *op. cit.*, note 27.

39. T. HELD et R. LEVY, *Femmes, famille et société*, Delta, Vevey, 1975.

40. M. GRASSBY, « Les femmes dans la quarantaine et la pension alimentaire », (1992) 52 *R. du B.* 3.

41. J. KELLERHALS *et al.*, *op. cit.*, note 19.

42. *Ibid.* Voir aussi : L.D. SCANZONI et J. SCANZONI, *Men, Women and Change : A Sociology of Marriage and Family*, 3^e éd., New York, McGraw-Hill, 1988.

43. Voir par exemple : *Droit de la famille* — 1489, [1991] R.D.F. 661 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1066, [1986] R.D.F. 613 (C.S.).

Tous les commerces ou entreprises (18 mentions) appartiennent à des maris. Lorsque l'actif comprend un commerce, une entreprise, d'autres actifs y sont usuellement greffés : immeuble(s) (18 mentions) et placements (21 mentions).

4. Les données financières

La valeur du patrimoine mis en cause est la valeur rapportée du patrimoine en litige en première instance. Elle ne représente pas toujours l'entière valeur du patrimoine de la partie à laquelle est réclamée une prestation compensatoire, tant s'en faut⁴⁴. Parfois, elle ne représente que la valeur du bien disputé, la maison familiale. Dans 77 p. 100 des cas rapportés, la valeur du patrimoine mis en cause est inférieure à 250 000 \$.

Ayant à statuer sur l'équité financière des résultats de l'échange, un jugement sur cinq en première instance ne quantifie pas cette donnée primordiale...

Les juges ne sont pas comptables, ils le disent assez. De fait, ils en sont loin. Mais, dans un débat réduit à la dimension financière, l'approximation judiciaire est difficilement acceptable. La composition du patrimoine et sa valeur sont à l'avenant, fondées sur une vision simpliste du monde financier ou un refus de l'explorer à fond⁴⁵.

S'ils sont généralement capables d'établir les charges qui grèvent maison, voiture et chalet, les juges sont notablement peu enclins à les scruter. Ce n'est que très tardivement qu'ils examinent les refinancements hypothécaires et l'utilisation souveraine des liquidités qui en résultent par les maris⁴⁶.

Les juges sont peu compétents à établir la juste valeur marchande des actifs qui composent le patrimoine, surtout les actifs d'entreprise, et ils le démontrent à tout vent⁴⁷. L'évaluation des entreprises est en effet éminem-

44. *Droit de la famille*—271, [1986] R.J.Q. 689 (C.A.); *Droit de la famille*—1021, [1986] R.D.F. 230 (C.S.); *Droit de la famille*—285, [1986] R.J.Q. 1560 (C.S.); *Droit de la famille*—1148, [1988] R.D.F. 100 (C.S.); *Droit de la famille*—466, [1988] R.D.F. 43 (C.A.); *Droit de la famille*—731, [1990] R.D.F. 30 (C.A.); *Droit de la famille*—739, [1990] R.D.F. 22 (C.A.); *Droit de la famille*—755, [1990] R.D.F. 15 (C.S.); *Droit de la famille*—1383, [1991] R.D.F. 169 (C.S.).

45. Voir par exemple : *Droit de la famille*—67, précité, note 33 (C.A.) : en Cour supérieure la valeur énoncée du patrimoine est de 65 000 \$, en Cour d'appel, de 100 000 \$.

46. Voir par exemple : *Droit de la famille*—1183, [1988] R.D.F. 266 (C.S.); *Droit de la famille*—551, [1988] R.D.F. 455 (C.S.).

47. La Cour supérieure ne reconnaît *aucun* actif (patrimoine) à un pharmacien, propriétaire et de la pharmacie et de l'immeuble qui l'abrite ! : *Droit de la famille*—1021, précité,

ment aléatoire, compte tenu à la fois du peu de connaissances comptables des juges et des réticences des maris à étaler leurs actifs. Les juges ne forcent pas la preuve, y vont d'approximations et de silences.

Même pour les données rapportées, la valeur attribuée aux éléments d'actifs qui composent le patrimoine mis en cause pose un problème : dans la majorité des cas la valeur nette n'est pas indiquée, obligeant le lecteur à une incessante arithmétique, ou alors la valeur de certains éléments d'actifs n'est ni indiquée ni *a fortiori* comptabilisée⁴⁸. La valeur des fonds de retraite est fréquemment réduite de moitié, en raison de l'incidence fiscale appréhendée.

Au matin du divorce, à partir des jugements qui rapportent l'information, 68 p. 100 des épouses ont un actif inférieur à 25 000 \$; 64 p. 100 des maris, un actif supérieur à 50 000 \$.

L'actif diffère du patrimoine mis en cause à plus d'un titre. Il représente la globalité des avoirs personnels des conjoints, inclut les biens propres acquis avant le mariage ou reçus en héritage, au contraire du patrimoine mis en cause qui se résume parfois au seul bien dont la propriété est contestée.

S'il est une donnée difficile à repérer dans les jugements, c'est bien l'actif. Le silence ne saurait être plus éloquent. Dans les jugements étudiés, 45 p. 100 ne rapportent pas l'actif du mari ; près de 50 p. 100 des jugements, celui de l'épouse...

Pour les jugements qui en font état, les comptes ne sont pas à point : additions et soustractions rarement effectuées, valeurs partiellement allouées, biens propres écartés, plus-value omise ou incluse, c'est selon.

Comment expliquer pareilles lacunes, alors que les règles de pratique judiciaire en matière familiale obligent les conjoints à produire un bilan et un état de revenus et dépenses ?

Si un mari peut soustraire du regard de l'examineur impartial⁴⁹ la composition et la valeur de ses actifs, en admettant sa capacité de payer la

note 44. Pas de liquidité, pas d'actif ? Autre exemple : *Droit de la famille* — 503, [1988] R.D.F. 208 (C.S.) : la Cour ne reconnaît aucun patrimoine sujet au partage à un chiropraticien, propriétaire de sa clinique, de l'immeuble qui l'abrite et de la résidence familiale...

48. Pour la presque totalité des jugements étudiés, la détermination de la valeur du patrimoine mis en cause ou de celle des actifs du mari ou de l'épouse a nécessité calculs, additions et soustractions.

49. E. WALSTER, G.W. WALSTER et E. BERSCHIED, *Equity, Theory and Research*, Toronto, Allyn and Bacon, 1978, proposent une équation algébrique pour mesurer l'équité d'un échange : un rapport entre les *inputs* consentis et les *outcomes* reçus par les deux parties à l'échange, évalué par les parties et par un « examinateur impartial ».

pension alimentaire et la prestation compensatoire réclamées, toute épouse doit faire état de ses actifs puisqu'ils servent à déterminer le quantum d'une somme globale, celui de la pension alimentaire, et l'appauvrissement résultant de l'apport financier à l'enrichissement du conjoint.

Dans l'actif des épouses sont comptabilisés les meubles reçus en donation de mariage, à la valeur inscrite au contrat, sans égard à la dépréciation réelle. Les meubles appartenant aux maris, achetés le plus souvent pour leur usage après la rupture, ne sont jamais comptabilisés dans leur actif. Double standard ici aussi donc. L'actif mâle rapporté se compose d'éléments sérieux et importants. Celui des épouses, d'éléments souvent dérisoires, dont la valeur financière attribuée est douteuse.

La réalité cependant ne peut être tout occultée : 53 p. 100 des épouses ont un actif minable. Parmi elles, près de la moitié (17 sur 42) n'ont aucun actif. En revanche, 61 p. 100 des maris ont un actif de plus de 100 000 \$. Plus du quart ont un actif supérieur à 250 000 \$.

À la rupture, les femmes sont pauvres. Plus d'une épouse sur cinq n'a aucun actif. Certaines sont parties du domicile avec pour tout bagage un sac de vêtements, une machine à coudre⁵⁰.

À l'heure des comptes, les données rapportées indiquent que 30 p. 100 des maris détiennent la totalité du patrimoine mis en cause, 76 p. 100 des maris en détiennent les trois quarts ou plus...

Les femmes savent et compter et apprécier la réalité des choses. Au sortir de la relation conjugale, les maris possèdent la grosse part des actifs. Ils ont aussi une capacité de gagner que la paternité n'a pas flétrie. Ils ont un métier, sont souvent en troisième cycle d'emploi et d'épargne⁵¹. Ils ont un crédit et un réseau social. En mariage, ils n'ont pas investi de ressources irrécupérables⁵².

Au contraire des épouses qui ont consenti au rôle attendu temps, capacité de gagner sa vie, formation professionnelle, identité sociale, par adhésion aux normes sociales autant qu'à l'illusion de l'assurance tous

50. *Droit de la famille* — 288, [1986] R.J.Q. 1706 (C.S.); *Droit de la famille* — 650, [1989] R.D.F. 329 (C.S.); Y. C. c. M. S., [1989] R.L. 619 (C.A.).

51. M. GRASSBY, *loc. cit.*, note 40. Le troisième cycle se caractérise par les revenus d'emploi les plus importants, ceux de la maturité professionnelle, et les disponibilités pour l'épargne les plus grandes, les enfants étant élevés et l'hypothèque sur la résidence familiale payée ou presque.

52. J. KELLERHALS *et al.*, *op. cit.*, note 19, constatent que les épouses investissent en mariage des ressources irrécupérables, alors que les maris n'engagent pas dans le mariage l'avenir de leurs capitaux professionnels, culturels ou symboliques.

risques⁵³. La partie finie, les billes ramassées, pour plusieurs ce qui leur reste en main ne valait pas la mise.

5. La demande de prestation compensatoire

Parmi les cas étudiés, 123 épouses, 120 en première instance, réclament compensation pour un échange conjugal dont le résultat économique leur semble inéquitable : 70 p. 100 des requérants étudiés. Le remède législatif, conçu pour elles, n'est pas leur apanage. Ni la victoire éclatante de la reconnaissance de leurs apports. Une guerre de tranchée plutôt, à convaincre l'examineur impartial de changer une vision ancestrale de l'ordre des choses.

Tableau 1

Contributions invoquées et retenues pour l'octroi d'une prestation compensatoire

	Femmes Contributions			Hommes Contributions		
	Invoquées	retenues	%	Invoquées	retenues	%
Apport financier	127	79	62	27	11	40
Tâches domestiques, soin des enfants	59	23	38	0	0	0
Travail pour l'entreprise du conjoint	26	19	73	0	0	0
Rénovation du domicile	20	18	90	8	3	38
Privations	14	10	71	0	0	0
Soutien du conjoint étudiant	11	9	81	1	0	0
Promotion de la carrière du conjoint	11	8	72	1	0	0
Comptabilité des immeubles	11	5	45	0	0	0
Rénovation d'immeubles	6	4	100	1	1	100
Couture des vêtements	6	4	66	0	0	0
Garde des parents du conjoint	3	2	66	0	0	0
Travail sur la ferme	3	1	33	1	0	0

53. *Ibid.*; J. KELLERHALS, J. COENEN-HUTHER et M. MODAK, *Figures de l'équité : la construction des normes de justice dans les groupes*, Paris, PUF, 1988; M. GRASSBY, *loc. cit.*, note 40. Les auteurs rebaptisent ainsi la réciprocité potentielle... *Supra*, note 19.

Des 53 maris requérants devant les tribunaux, 31, soit 58 p. 100, demandent, seuls ou conjointement, que leur soit octroyée une prestation compensatoire. Par ailleurs, 6 maris requérants, soit 12 p. 100, veulent voir annulée une transaction, une donation faite à l'épouse. Enfin, 16 maris, soit 30 p. 100, veulent voir infirmé un jugement antérieur qui avait octroyé une prestation compensatoire à leur épouse.

Les chiffres parlent, certes. Ils disent une portion des choses. La portion mesurable et quantifiable chère aux comptables et aux juges qui n'en sont pas. Pour connaître les conditions et la densité de l'échange, le poids des gestes, des mots et des regards, pour mesurer l'échec, il faut passer par les mots. Par le récit de la relation conjugale et de sa faillite. À la recherche des identités et des discours, naïfs et construits. Au fil des mots du temps vécu.

5.1 Les tâches domestiques

Dans aucun jugement un mari ne revendique l'accomplissement des tâches domestiques soit pour réclamer une prestation compensatoire, soit pour contrer la demande d'une épouse à cet égard.

Pour expliquer les quantités, il faut dès à présent exposer la saga judiciaire des tâches domestiques. Un tout premier jugement publié portant sur la prestation compensatoire refuse d'octroyer une compensation pour les tâches domestiques et le soin des enfants. Cette contribution attendue des épouses n'est pas comme telle monnayable. L'article 559 du Code civil requiert la preuve d'une relation directe entre apport et enrichissement⁵⁴.

Le sillon est tracé. Profond. Sur les neuf jugements publiés avant que la Cour d'appel se prononce et où la question est soulevée, un seul accorde compensation pour le travail ménager, interprétant l'article 559 du *Code civil du Québec* comme une volonté du législateur de l'inclure pour ne pas nuire au conjoint au foyer, bien que cet apport soit difficilement monnayable⁵⁵. Six jugements refuseront net toute compensation pour les services domestiques⁵⁶. Enfin, trois jugements accorderont compensation au motif que l'épouse a rempli seule et longtemps les tâches domestiques⁵⁷.

54. *Droit de la famille* — 13, [1983] C.S. 42.

55. *Droit de la famille* — 79, [1983] C.S. 1003.

56. *Droit de la famille* — 13, précité, note 54 ; *Droit de la famille* — 35, [1983] C.S. 49 ; *Droit de la famille* — 46, précité, note 34 ; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33, (C.S.) ; *Droit de la famille* — 167, [1984] C.S. 1047.

57. *Droit de la famille* — 49, [1983] C.S. 996 ; *Droit de la famille* — 144, précité, note 33 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 147, [1984] C.S. 639.

Le 26 novembre 1984, la Cour d'appel se prononce : les tâches domestiques ne sont pas sujettes à compensation⁵⁸. Statuer autrement reviendrait à mettre en cause « toute l'institution du mariage telle qu'on la retrouve dans notre droit et dans notre tradition⁵⁹ ».

Des femmes s'entêtent quand même à invoquer les tâches domestiques et les juges à leur refuser compensation, à moins que l'accomplissement ne soit fait de façon « exceptionnelle⁶⁰ » ou solitaire, ce qui revient souvent au même. Une rétribution au mérite.

En 1989, la Cour d'appel réitère la séparation des mondes, décrétant une distinction entre contribution au mariage et contribution au patrimoine. Une construction de l'esprit inouïe, jésuitique. Les tâches domestiques sont des contributions au mariage, non compensables donc⁶¹.

À partir de là, les femmes cesseront presque d'invoquer l'accomplissement des tâches domestiques, seules ou de façon « exceptionnelle ». C'est le cas dans 40 p. 100 des jugements publiés étudiés, et qui sont postérieurs à cette décision...

Bien que les juges aient d'entrée de jeu refusé de compenser les tâches domestiques, le besoin que soient reconnus les gestes posés a primé sur la restriction du débat judiciaire. Les femmes ont persisté à raconter leur quotidien.

Non pas les lessives, les repas, les courses, la vaisselle, le ménage, les gâteaux d'anniversaire, les nuits blanches et les heures chaudes, tous ces gestes toujours recommencés dont la recension remplit une vie. Non, les femmes ont raconté ce qui, pour un peu, a laissé quelque trace. Les contributions qui ne sont pas socialement inhérentes à la maternité, les biens et services qu'on peut se procurer sur le marché sans que soit affecté le schéma actuel d'épouse et de mère. Biens et services que des tiers auraient pu fournir, contre rémunération. Contributions d'épouses ordinaires, dérisoires, attendues, ni exceptionnelles ni compensables.

58. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.). Le juge Beauregard, dissident, accorderait compensation pour les tâches domestiques au conjoint qui s'en acquitte contre son gré et à peu près seul. Voir à ce sujet l'article de R. JOYAL-POUPART, « La prestation compensatoire et les chemins tortueux de l'égalité », (1985) *R.J.F.D.* 206, qui analyse la « division profonde [des] juges sur la nature et la portée de la prestation compensatoire » et qui indique les questions et les enjeux qui restent à débattre.

59. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33, 152 (C.A., j. Vallerand).

60. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.), où l'on constate la première apparition du qualificatif, repris inlassablement depuis.

61. *Droit de la famille* — 594, précité, note 33.

Tous les maris considèrent comme normal que les tâches domestiques échoient aux épouses. Ce que l'un d'eux nomme les « devoirs primaires » de l'épouse⁶².

La ségrégation des rôles⁶³ est si bien intégrée en effet qu'aucun mari ne raconte s'être chargé, de quelque manière, du soin des enfants. Cette fonction revient aux épouses, qu'elles travaillent à l'extérieur durant toute la durée du mariage ou non. Les femmes sont nombreuses à raconter qu'elles doivent s'en acquitter seules. Parmi les jugements qui en font état, plus de la moitié des défections maritales ont pour cause la poursuite de la carrière du mari ; plus de 40 p. 100, la ségrégation figée des rôles. Ainsi que le relate un juge, le mari « ne levait pas le petit doigt pour accomplir les tâches domestiques et [...] il se servait de l'intimée comme d'une bonne⁶⁴ ». Une description qui sied à plusieurs⁶⁵.

Mis à part les tâches domestiques, ce sont des contributions *instrumentales*⁶⁶ qui seront surtout invoquées par les femmes et compensées par les juges⁶⁷. Le droit oriente la stratégie qui oriente les discours. Les femmes s'en accommodent.

5.2 Le travail pour l'entreprise du mari

Les épouses sont des adjointes dévouées. Surtout, elles prennent charge d'une multiplicité de fonctions, aux temps et lieux assignés, sans rémunération, sans récrimination. Elles sont disponibles, s'acquittent de travaux de tous genres, convaincues de la normalité de la chose, convaincues d'une réciprocité potentielle⁶⁸. De fait, ces épouses reproduisent hors foyer le rôle attendu et si bien appris qu'elles ont endossé dans l'échange conjugal : les fonctions qu'elles assument dans l'entreprise du mari sont de nature *expressive*⁶⁹ ou assimilées à celle-ci. Toutes les épouses collaboratrices font état du ménage des locaux de l'entreprise du mari.

Pour certaines, il s'agit de collaboration à temps partiel, d'une aide d'appoint aux activités commerciales et professionnelles du mari. Outre la promotion de la carrière de leur conjoint, elles font la tenue des livres, les

62. *Droit de la famille* — 1266, [1989] R.D.F. 478 (C.S.).

63. T. PARSONS et R. BALES, *op. cit.*, note 38.

64. *Droit de la famille* — 271, précité, note 44.

65. Voir par exemple : *Droit de la famille* — 615, [1989] R.J.Q. 676 (C.S.).

66. *Supra*, note 38.

67. P. RAYLE, « La prestation compensatoire et la Cour d'appel, cinq ans plus tard », (1988) 48 R. du B. 225.

68. J. KELLERHALS *et al.*, *op. cit.*, note 19.

69. *Supra*, note 38.

dépôts bancaires, la facturation, le classement des documents, les courses, le courrier, agissent comme réceptionniste à l'heure du déjeuner, remplacent durant les vacances, accueillent les clients, expédient et réceptionnent les marchandises, reçoivent les clients à dîner⁷⁰. Une aide d'appoint qui ne pourrait être obtenue, sur le marché, que de plusieurs tiers concurremment. Néanmoins, des contributions compensées, quand elles le sont, selon une valeur arbitraire et minimale.

Pour d'autres, le travail au service de l'entreprise du mari est colossal : six, sept jours par semaine, de jour et de soir, en plus des maternités, du soin aux enfants et des tâches domestiques⁷¹.

Aucun mari ne plaide avoir effectué une tâche liée de quelque manière à l'emploi de son épouse.

5.3 L'apport financier

Massivement, les épouses ont utilisé leurs salaires pour des dépenses liées à leur fonction domestique : achat de nourriture et de vêtements pour les enfants et elles-mêmes, achat de commodités et d'embellissements pour le foyer. Des achats de biens fongibles, périssables. Des dépenses dont il ne reste aucune trace.

Si les maris prennent peu en charge les tâches parentales, ils prennent aussi peu en charge les frais liés aux soins des enfants. Nombre d'épouses témoignent avoir payé toutes les dépenses relatives au soin et à l'éducation des enfants⁷². Certains comptables pourraient objecter qu'elles omettent de considérer au moins le coût du nid. La comptabilité féminine est directe et concrète : elles ont payé toutes les dépenses supplémentaires visibles, évidentes, le boire et le manger, les vêtements qu'il faut pour tous les temps, les

70. *Droit de la famille* — 706, [1989] R.D.F. 606 (C.A.) ; *F. S. c. G. D.*, [1988] R.L. 170 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1398, [1991] R.D.F. 215 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1349, [1990] R.D.F. 562 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1026, [1986] R.D.F. 247 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 335, [1987] R.J.Q. 421 (C.S.).

71. *Droit de la famille* — 35, précité, note 56 ; *Droit de la famille* — 215, [1985] C.S. 677 ; *Droit de la famille* — 1013, précité, note 33 ; *Droit de la famille* — 441, [1988] R.J.Q. 291 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1184, précité, note 36 ; *Droit de la famille* — 1178, [1988] R.D.F. 317 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 650, précité, note 50 ; *Droit de la famille* — 649, [1989] R.D.F. 325 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1497, [1991] R.D.F. 648 (C.S.).

72. *Droit de la famille* — 79, précité, note 55 ; *Droit de la famille* — 1077, [1987] R.D.F. 76 (C.S.) ; *Plouffe c. Plouffe*, [1987] R.D.I. 97 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 379, [1987] R.J.Q. 1565 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1148, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 1152, [1988] R.D.F. 92 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1157, [1988] R.D.F. 139 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 551, précité, note 46 ; *Droit de la famille* — 1462, [1991] R.D.F. 618 (C.A.).

livres, l'école et, autant qu'elles ont pu, les plaisirs d'enfance et d'apprentissage.

Une épouse plaide « qu'il serait injuste qu'elle soit pénalisée d'avoir contribué aux dépenses de consommation qui ne laissent aucun actif, alors que l'intimé aurait, quant à lui, limité ses contributions aux charges du ménage à investir sur le seul actif durable susceptible de prendre de la valeur, c'est-à-dire le duplex dans lequel se trouvait le domicile conjugal⁷³ ».

En fait, 7 p. 100 des épouses ont si bien cru dans le projet familial et la réciprocité potentielle qu'elles ont aussi payé directement une part de l'achat ou de la rénovation de la maison familiale, propriété du seul mari⁷⁴.

Près d'une épouse sur cinq témoigne avoir mis au service de la famille la totalité du salaire gagné⁷⁵. Par nécessité, contrainte, ou conformité avec le vieux principe du don sans limite attendu des épouses. Que le salaire ait servi aux nécessités de la vie, aux soins des enfants ou à la capitalisation, l'effet est le même ; pour un grand nombre d'épouses, il ne leur reste rien⁷⁶ :

73. *Droit de la famille* — 374, [1987] R.J.Q. 1261 (C.S.).

74. *Droit de la famille* — 144, précité, note 33 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 214, [1984] C.A. 646 ; *Droit de la famille* — 1049, [1986] R.D.F. 491 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 326, [1987] R.J.Q. 171 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 327, [1987] R.D.F. 15 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 379, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 468, [1988] R.D.F. 116 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 470, [1988] R.D.F. 88 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1168, [1988] R.D.F. 171 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1157, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 661, [1989] R.D.F. 421 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 685, [1989] R.D.F. 527 (C.A.).

75. *Droit de la famille* — 79, précité, note 55 ; *Droit de la famille* — 214, précité, note 74 ; *Droit de la famille* — 1047, [1986] R.D.F. 479 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1077, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 1085, [1987] R.D.F. 107 (C.S.) ; *Plouffe c. Plouffe*, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 1092, [1987] R.D.F. 184 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1094, [1987] R.D.F. 203 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 379, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 383, [1987] R.D.F. 341 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1148, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 1152, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 1167, [1988] R.D.F. 165 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 485, [1988] R.D.F. 216 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1157, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 551, précité, note 46 ; *Droit de la famille* — 636, [1989] R.D.F. 313 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 841, [1990] R.J.Q. 1571 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1462, précité, note 72.

76. *Droit de la famille* — 173, [1984] C.S. 1139 ; *Droit de la famille* — 1047, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 1057, [1986] R.D.F. 680 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 335, précité, note 70 ; *Droit de la famille* — 374, précité, note 73 ; *Droit de la famille* — 1167, précité, note 36 ; *Droit de la famille* — 1184, précité, note 36 ; *Droit de la famille* — 1182, [1988] R.D.F. 295 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1178, précité, note 71 ; *Droit de la famille* — 532, [1988] R.D.F. 361 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 650, précité, note 50 ; *Droit de la famille* — 706, précité, note 70 ; Y. C. c. M. S., précité, note 50 ; *Droit de la famille* — 745, [1990] R.J.Q. 204 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1349, précité, note 70 ; *Droit de la famille* — 1449, [1991] R.D.F. 348 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1422, [1991] R.D.F. 398 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1462, précité, note 72.

« Je suis devant rien. Je suis devant rien⁷⁷. »

Des investissements financiers, émotifs, affectifs, sociaux, irrécupérables⁷⁸.

6. La réponse judiciaire

6.1 L'octroi ou le refus de prestation compensatoire

Des 156 couples qui soumettent leur histoire à l'examineur impartial⁷⁹, 14 ont antérieurement signé une convention pour régler les modalités de la rupture. Les tribunaux valident ces conventions et n'accordent aucune prestation compensatoire aux 12 épouses et aux 2 maris qui voulaient réouvrir le débat.

Des 170 requérants d'une prestation compensatoire, 71, soit 42 p. 100, s'en voient refuser une. Dans 42 p. 100 des cas, donc, aucune prestation n'est accordée à des requérants qui estiment avoir fait un apport significatif et perdu à l'échange... Les juges jettent 42 p. 100 des requérants, et vraisemblablement quelques avocats, en pleine dissonance cognitive : leur perception de la réalité, et du sens de la loi, est inexacte. Dans 42 p. 100 des cas, les tribunaux ont trouvé très légitime que le patrimoine en cause reste la propriété du détenteur, massivement les maris.

Des 96 requérants qui se voient octroyer une prestation compensatoire, 83 sont des épouses, compensées pour des contributions qui outrepassent le rôle attendu.

Aux 22 maris qui cherchent à voir prononcer la nullité d'une transaction ou d'une donation, à voir annuler ou réduire la prestation compensatoire accordée à l'épouse par le tribunal de première instance, les tribunaux accordent une prestation compensatoire pour lui-même (4 cas), l'annulation (3 cas) ou la réduction (4 cas) de la prestation compensatoire accordée à l'épouse. Un mari a donc intérêt à contester : dans un cas sur deux il gagne quelque chose.

La défection des pères dont témoignent généralement les épouses leur permet d'être compensées pour l'entière prise en charge des tâches domestiques et le soin des enfants. Si elle n'était pas réelle, les maris l'auraient contestée ardemment. Dans les jugements étudiés, le partage des rôles est un acte féminin, sans réciproque.

77. *Droit de la famille* — 841, précité, note 75, 1576.

78. *Supra*, note 52.

79. E. WALSTER, G.W. WALSTER et E. BERSCHIED, *op. cit.*, note 49.

Le travail pour l'entreprise du mari est compensé s'il est d'importance significative et s'il a été accompli sans rétribution. Un autre double standard. Aucun juge ne conteste le droit du mari à la totalité des actifs ou des actions de l'entreprise et aux profits et dividendes en sus de la rétribution qu'il s'autorise.

6.2 Les fondements juridiques de l'octroi ou du refus

Compenser les tâches domestiques et le soin des enfants ? Compenser ce qui hier encore appartenait au principe du don ? Le tout premier jugement publié s'y refuse⁸⁰.

Quelques juges interprètent la disposition comme un remède législatif pour corriger l'inéquité des résultats économiques de l'échange conjugal⁸¹. La Cour d'appel casse net et d'autorité pareille interprétation⁸². Les tribunaux ne doivent pas, par application de l'article 559 du *Code civil du Québec*,

[...] mettre en cause [...] toute l'institution du mariage telle qu'on la retrouve dans notre droit et dans notre tradition⁸³.

Voilà. Les limites à la discrétion judiciaire sont fixées on ne peut plus clairement. Les grands mots sont écrits, publiés. Ils marqueront toute l'interprétation de l'article 559 du *Code civil du Québec*.

La tradition veut que les tâches domestiques et le soin des enfants soient la charge des épouses. Ainsi que le dit un juge :

En matière de prestation compensatoire, il ne m'apparaît pas que la loi entend favoriser le conjoint qui a passé sa vie au foyer [...] On n'indemnise pas quelqu'un qui n'a rempli que son obligation⁸⁴.

La tradition veut qu'en séparation de biens les épouses s'acquittent des tâches domestiques et que les maris capitalisent les actifs à leur seul nom :

80. *Droit de la famille* — 13, précité, note 54.

81. *Droit de la famille* — 33, [1983] C.S. 689 ; *Droit de la famille* — 46, précité, note 34 ; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 79, précité, note 55 ; *Droit de la famille* — 173, précité, note 76.

82. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.).

83. *Id.*, 152 (j. Vallerand).

84. *Droit de la famille* — 167, précité, note 56, 1050. Les fonctions *expressives* sont une propriété des épouses. Le possessif en témoigne. Par exemple : « a rempli ses devoirs comme femme et mère de famille », *Droit de la famille* — 1089, [1987] R.D.F. 53, 56 (C.S.) ; « exécuté ses obligations conjugales normales. Elle a tenu maison et elle a élevé ses enfants », *Droit de la famille* — 441, précité, note 71, 298.

Il relève de la générosité de cœur que le conjoint gagnant un surplus en remette partie à l'autre et lui permette d'acquérir un capital⁸⁵.

La générosité traditionnelle étant ce qu'elle est, le législateur a cru bon d'adopter l'article 559 du *Code civil du Québec*, qui fait passer à l'ordre juridique ce qui appartenait à l'ordre moral. Les parlementaires ont clairement indiqué que la disposition visait à compenser, aussi, l'accomplissement des tâches domestiques⁸⁶.

Comment donc préserver l'institution, le droit et la tradition ? Les juges ont recours à la notion la plus fondamentale du droit civil, le contrat.

6.2.1 Le contrat

L'article 559 du *Code civil du Québec* ne peut avoir pour objet ou pour effet de transformer en communauté de biens ou société d'acquêts un régime de séparation de biens librement consenti⁸⁷. La volonté des conjoints, souveraine, prévaut sur la disposition d'ordre public⁸⁸. Une sacralisation judiciaire du contrat de mariage en séparation de biens.

Un contrat de partage des rôles *instrumental et expressif*⁸⁹ par lequel le mari s'engage expressément à fournir, comme le veut la tradition, et par lequel l'épouse est engagée, implicitement, à prendre charge de la domesticité.

Non seulement la tradition mais le contrat, dans son contenu implicite, veut que les épouses s'acquittent des tâches domestiques et du soin des enfants, sans attente de compensation, si ce n'est la donation contenue au contrat de mariage⁹⁰.

85. *Droit de la famille* — 167, précité, note 56, 1050.

86. *Supra*, note 20.

87. *Droit de la famille* — 49, précité, note 57 ; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 147, précité, note 57 ; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1026, précité, note 70 ; *Droit de la famille* — 1013, précité, note 71 ; *Droit de la famille* — 1088, [1987] R.D.F. 66 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1145, [1988] R.D.F. 34 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1449, précité, note 76.

88. *Droit de la famille* — 167, précité, note 56 ; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1049, précité, note 74 ; *Droit de la famille* — 1094, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 1145, précité, note 87 ; *M. D. c. P. H. D.*, [1988] R.L. 139 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1151, [1988] R.D.F. 74 (C.S.).

89. *Droit de la famille* — 46, précité, note 34 ; *Droit de la famille* — 969, [1991] R.D.F. 155 (C.A.) ; une constante, du début à la fin.

90. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.S.).

Compenser, par l'application de l'article 559 du *Code civil du Québec*, ce que les juges nomment les « charges normales » de l'épouse, norme subjective s'il en est, constituerait une forme déguisée de partage, au mépris du contrat intervenu entre les conjoints⁹¹.

Les tribunaux y vont de leur laïus sur le principe sacré de la liberté des conventions, que même la loi ne peut modifier. Les « charges normales » de l'épouse étaient, sont et demeurent non compensables. Conclure autrement est inacceptable :

À mon avis, une telle conception des relations matrimoniales exclut tout sentiment, toute émotivité, pour ne rendre le mariage qu'un simple échange matériel où tout est monnayable⁹².

Pour les juges, il est évident que l'accomplissement par l'épouse des « charges normales » ne procure au mari aucun bénéfice financier. À la limite, il ne s'agit pas même d'un apport au sens de l'article 559 du *Code civil du Québec* :

[...] madame a démontré des talents naturels et elle faisait certainement ces travaux familiaux avec amour, mais cela ne constitue pas un apport et un enrichissement au patrimoine du mari⁹³.

On ne peut ni ne doit ramener la vie de couple à une dimension purement économique et de reddition de comptes⁹⁴.

Les juges acceptent de compenser les contributions exceptionnelles et significatives⁹⁵, soit un apport qui « dépasse de façon appréciable les charges normales⁹⁶ ». De fait, deux seules épouses, vraies bêtes de somme, recevront véritablement compensation pour contribution « exceptionnelle⁹⁷ ». Aucune autre contribution, quels que soient les gestes posés, ne satisfait au critère, totalement subjectif, de contribution exceptionnelle aux charges normales de l'épouse. Seul l'esclavage n'est pas compris dans le schéma d'épouse dévouée.

91. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.).

92. *Droit de la famille* — 1094, précité, note 75, 209.

93. *Droit de la famille* — 1058, [1986] R.D.F. 674, 678 (C.S.).

94. *Droit de la famille* — 1449, précité, note 87, 351.

95. *Droit de la famille* — 271, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 1028, [1986] R.D.F. 237 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 288, précité, note 50 ; *Droit de la famille* — 1167, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 1184, précité, note 76 ; *Droit de la famille* — 551, précité, note 46 ; *Droit de la famille* — 1266, précité, note 62 ; *Droit de la famille* — 1327, [1990] R.D.F. 347 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 929, [1991] R.D.F. 17 (C.A.).

96. *Droit de la famille* — 1014, [1986] R.D.F. 114, 118 (C.S.).

97. *Droit de la famille* — 288, précité, note 50 ; *Droit de la famille* — 1184, précité, note 36.

Les tribunaux acceptent aussi de compenser les charges normales de l'épouse, lorsqu'elle s'en est acquittée seule, durant de nombreuses années⁹⁸ soit que le mari ne levait pas le petit doigt, soit qu'il avait très simplement abandonné la famille, privant en ces cas l'épouse du soutien attendu.

Ce n'est que beaucoup plus tard que les tribunaux compenseront la prise en charge totale de la domesticité par les épouses au motif qu'elle a permis au mari de se consacrer à sa carrière et ainsi d'augmenter ses actifs et sa capacité de gagner⁹⁹.

Le principe fondamental de la liberté des conventions a ses limites. S'il est certain pour les juges qu'il faut donner plein effet à l'« engagement » des épouses de s'acquitter sans compensation des « charges normales » de la domesticité, il n'en va pas de même pour les obligations contractées par les maris.

L'obligation exclusive de pourvoir à laquelle, selon les jugements qui rapportent l'information, au moins 16 maris se sont engagés par contrat notarié, et qui prévaut jusqu'en 1981¹⁰⁰, ne servira pas vraiment l'argumentation des requérantes d'une prestation compensatoire¹⁰¹. Le respect de l'engagement pris a une valeur et une sanction variables : autant il servira de fondement à l'argumentation judiciaire selon laquelle l'article 559 du *Code civil du Québec* ne peut avoir pour effet de transformer un contrat de séparation de biens valablement consenti en communauté, autant il sera fait peu de cas de l'obligation de pourvoir du mari, elle aussi valablement consentie... Dans aucun jugement faisant état de cette obligation de pourvoir, l'épouse ne retrouve sa mise...

Ainsi, le défaut de remplir l'obligation de fournir, énoncée au contrat de mariage qui régit les conjoints jusqu'en 1981, n'est pas véritablement

98. *Droit de la famille* — 49, précité, note 57 ; *Droit de la famille* — 144, précité, note 33 ; *Droit de la famille* — 1014, précité, note 96 ; *Droit de la famille* — 357, précité, note 33 ; *Droit de la famille* — 379, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 615, [1989] R.J.Q. 676 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1422, précité, note 76 ; *Droit de la famille* — 1424, [1991] R.D.F. 391 (C.A.).

99. *Droit de la famille* — 615, précité, note 98 ; *Droit de la famille* — 969, précité, note 89 ; *Droit de la famille* — 1422, précité, note 76 ; *Droit de la famille* — 1497, [1991] R.D.F. 648 (C.S.).

100. *Supra*, notes 16 et 37.

101. Voir par exemple : *Droit de la famille* — 1422, précité, note 76.

sanctionné¹⁰². La prise en charge par les épouses des dépenses de la famille n'est ni automatiquement ni pleinement compensée¹⁰³.

La clause portant qu'une épouse ne peut réclamer les sommes qu'elle aura employées à remplir l'obligation maritale est interprétée comme faisant obstacle à la compensation¹⁰⁴. Bien que la Cour d'appel indique que tel n'est pas le cas, qu'il faut distinguer remboursement civil et compensation¹⁰⁵, des résistants s'appuient encore sur la clause ouverte pour refuser compensation¹⁰⁶:

[...] ce serait tenir beaucoup de rigueur à l'intimé que de lui demander aujourd'hui, de se conformer à la lettre du contrat de mariage, rétroactivement¹⁰⁷.

Au regard d'autres ententes conjugales, le principe fondamental de la liberté des conventions est encore plus aléatoire. Ainsi, bien que la propriété de tout ou partie de la maison familiale ait été transférée par le mari à l'épouse, des juges annulent tout simplement le transfert¹⁰⁸. Les maris récupèrent la maison en plaçant surtout que le transfert a été fait pour

102. Dans les jugements étudiés, peu de maris sont jugés débiteurs de leurs épouses en raison des sommes qu'elles ont investies dans l'échange conjugal avant 1981, alors qu'ils s'étaient engagés par contrat à pourvoir seuls aux besoins du ménage ou à rembourser à l'épouse ses contributions. Lorsque des juges donnent effet à l'obligation contractuelle qui lie les époux jusqu'en 1981 et ordonnent remboursement, celui-ci est toujours inférieur aux sommes payées par l'épouse. Par ailleurs, à partir de 1981, pour plusieurs juges, l'apport financier des épouses s'ajoute aux tâches domestiques pour former la contribution de l'épouse aux charges du mariage, bien que l'article 445 C.c.Q. dispose qu'un « époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer ». La réforme de 1981 aura donc ainsi l'effet d'augmenter les contributions attendues des épouses.

103. L'obligation de fournir ne semble plus donc comprendre la nourriture et les vêtements. Ne reste, impérativement, que l'obligation de loger. Peu de chose, finalement. Voir par exemple : *Plouffe c. Plouffe* précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 379, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 599, [1989] R.J.Q. 491 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 724, [1989] R.D.F. 701 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 731, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 969, précité, note 89.

104. *Droit de la famille* — 327, précité, note 74.

105. *Droit de la famille* — 144, [1987] R.J.Q. 253 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 440, C.A. Québec, n° 200-09-000183-860, 14 décembre 1987 (C.A. 88C-47) ; *Droit de la famille* — 519, [1988] R.D.F. 349 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 513, C.A. Montréal, n° 500-09-000881-862, 25 mai 1988 (C.A. 88C-229).

106. *Droit de la famille* — 327, précité, note 74 ; *Droit de la famille* — 1152, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 1322, [1990] R.D.F. 226 (C.S.).

107. *Droit de la famille* — 1152, précité, note 72, 97.

108. *Droit de la famille* — 262, [1986] R.J.Q. 308 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1021, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 1081, [1987] R.D.F. 94 (C.S.) ; *F. S. c. G. D.*, précité, note 70 ; *Droit de la famille* — 698, [1989] R.J.Q. 2261 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 755, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 903, [1990] R.J.Q. 2778 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 969, précité, note 89.

mettre le bien à l'abri des créanciers, argument d'homme d'affaires auquel les juges sont particulièrement sensibles. Un juge affirme bien haut ce que d'autres pensent peut-être bien bas : l'apport de l'épouse est « tellement moindre » que l'apport du mari qu'il ne peut soutenir l'hypothèse que celui-ci ait vraiment eu l'intention de lui donner la moitié de la maison familiale¹⁰⁹. D'autres juges, deux fois plus nombreux, heureusement, donneront effet au contrat de transfert de propriété intervenu entre les conjoints.

L'argument suprême de la force contraignante des contrats est donc fragilisé par les juges eux-mêmes. La règle peut différer selon qu'il s'agit de contraindre les épouses ou les maris. Les juges refusent de compenser les tâches domestiques au motif qu'il s'agit d'une obligation tacite de l'épouse ; par ailleurs, au regard de l'obligation expresse du mari de pourvoir seul aux besoins du ménage inscrite au contrat de mariage, les juges se montrent fort cléments. Quant au contrat de transfert de propriété de la résidence familiale à l'épouse, pour le tiers d'entre eux, les juges refusent d'y donner effet. Les tribunaux prendront donc appui sur un autre argument fondamental : le droit civil lui-même, dans lequel s'inscrit l'article 559 du *Code civil du Québec*, et surtout les règles qui président à l'administration de la preuve¹¹⁰.

6.2.2 Les règles de la preuve civile

6.2.2.1 La preuve directe

Outre qu'il ne doit bouleverser ni l'institution, ni le droit, ni la tradition, les juges font doctement remarquer que l'article 559 du *Code civil du Québec*, parce qu'il est une disposition de droit civil, requiert une preuve directe de l'apport et du lien de causalité entre l'apport et l'enrichissement du patrimoine :

Il faut de toute nécessité [...] que l'apport en biens et services puisse faire l'objet d'une appréciation mesurable, identifiable, quantifiable¹¹¹.

[...]je dirais qu'il doit y avoir une relation de cause à effet entre l'apport et l'enrichissement¹¹².

109. F. S. c. G. D., précité, note 70.

110. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 391, [1987] R.J.Q. 1998 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 1145, précité, note 87 ; M. D. c. P. H. D., précité, note 88 ; *Droit de la famille* — 871, [1990] R.J.Q. 2107 (C.A.) ; *Droit de la famille* — 969, précité, note 89 ; *Droit de la famille* — 1403, [1991] R.J.Q. 1674 (C.S.).

111. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33, 145 (C.A.).

112. *Id.*, 146.

Conséquemment, le requérant doit donc faire la preuve de sa contribution, faire la preuve de la valeur de cette contribution, et faire la preuve de son effet direct sur l'enrichissement du patrimoine de son conjoint.

Conséquemment, le fardeau est si lourd qu'il fera longtemps obstacle à la compensation. Le droit, l'institution et la tradition sont saufs.

Les règles de preuve strictes serviront à rejeter l'apport en services domestiques des épouses qui ne peuvent prouver à la satisfaction des juges ni leur valeur « mesurable, identifiable, quantifiable », ni leur lien causal direct avec l'enrichissement des maris. Elles serviront aussi à contrer les demandes de prestation compensatoire pour apport en biens. Le fardeau de la preuve a le poids, écrasant, des traditions :

Tant qu'on ne reconnaîtra qu'un type d'apport susceptible de compensation (celui, direct et immédiat, en dollars), tant qu'on refusera à l'apport général du parent au foyer d'être *susceptible* de compensation, on imposera l'*identité de rôle* comme condition préalable essentielle à l'*égalité des conjoints*¹¹³.

Les épouses sont de plus en plus nombreuses à travailler à l'extérieur du foyer, à temps plein ou à temps partiel, et à utiliser leur salaire pour les dépenses courantes, fongibles, de la famille, alors que celui du mari est utilisé pour acquérir des actifs, à son seul nom. Obtenir une prestation compensatoire pour leur apport en biens aurait donc dû être une chose simple. Elle sera épineuse.

Bien que les tribunaux reconnaissent volontiers que les conjoints ne sont pas des commerçants qui tiennent des livres de comptes¹¹⁴, « une comptabilité au quotidien tout aussi odieuse que dérogatoire à la nature même du mariage¹¹⁵ », l'impératif de la preuve directe est considéré comme absolu¹¹⁶ et sera exigé par les tribunaux même après que la Cour d'appel se sera quelque peu assouplie à cet égard¹¹⁷. Et par... la Cour d'appel elle-même¹¹⁸,

113. P. RAYLE, *loc. cit.*, note 67, 236.

114. *Droit de la famille* — 167, précité, note 56; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.); *Droit de la famille* — 1013, précité, note 33; *Droit de la famille* — 271, précité, note 44; *Droit de la famille* — 1047, précité, note 75; *Droit de la famille* — 345, [1987] R.D.F. 5 (C.S.); *Droit de la famille* — 357, précité, note 33; *M. D. c. P. H. D.*, précité, note 88; *Droit de la famille* — 1182, précité, note 76; *Droit de la famille* — 1449, précité, note 87.

115. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33, 155 (C.A.).

116. Pourtant, le droit civil reconnaît la preuve par présomption : C.c.B.C., art. 1205, 1238, 1242.

117. Voir par exemple *Droit de la famille* — 391, précité, note 110, où majorité et minorité tracent deux portraits totalement divergents de la requérante et de la valeur de son apport.

118. *Droit de la famille* — 969, précité, note 89.

même après que la Cour suprême aura jugé que l'article 559 du *Code civil du Québec* nécessitait souplesse et appréciation globale pour donner effet à la volonté du législateur et que, en conséquence, les tribunaux ne doivent rechercher qu'une simple corrélation entre apport et enrichissement¹¹⁹.

À moins que l'épouse ne prouve, au moyen de chèques¹²⁰ ou virements bancaires, avoir payé avec son salaire les versements hypothécaires, ce qui est peu fréquent compte tenu des fonctions exercées en conformité avec les théories des rôles et des ressources¹²¹, le salaire gagné sera réputé n'avoir eu pour effet que... d'améliorer le train de vie familial, dont elle a elle-même profité, s'empressent de souligner les tribunaux¹²². Ou n'être, à partir de 1981, que la contribution supplémentaire de l'épouse « moderne »¹²³. Le fait que les revenus de l'épouse utilisés pour les dépenses fongibles aient permis de libérer des sommes pour la capitalisation ne sera pris en considération que tardivement, par déduction nécessaire¹²⁴.

Qu'il est donc difficile de sortir les femmes de la domesticité ! Le mari qui signe le chèque des paiements hypothécaires est judiciairement validé comme légitime propriétaire unique de la maison familiale.

L'épicerie, les vêtements, les dépenses d'entretien courant, toutes les dépenses relatives aux enfants bien souvent, améliorent le train de vie familial, c'est tout. La contribution, subordonnée judiciairement, du travail subordonné¹²⁵...

119. *Lacroix c. Valois*, précité, note 33.

120. *Droit de la famille* — 1066, précité, note 43.

121. La théorie des rôles est énoncée par T. PARSONS et R. BALES, *op. cit.*, note 38 ; la théorie des ressources est énoncée par R. BLOOD et D.H. WOLFE, *Husbands and Wives, the Dynamics of Married Living*, New York, Free Press, 1960 ; au sujet de l'exercice du pouvoir décisionnel en conformité avec les théories des rôles et des ressources, voir : H. RODMAN, « Marital Power in France, Greece, Yugoslavia and the United States : A Cross-National Discussion », *Journal of Marriage and the Family*, vol. 29, n° 2, mai 1967, pp. 320-324 ; D. HERR, « The Measurement and Bases of Family Power : An Overview », *Marriage and Family Living*, vol. 25, mai 1963, pp. 133-139 ; J. KELLERHALS *et al.*, *op. cit.*, note 19 ; J. KELLERHALS, J. COENEN-HUTHER et M. MODAK, *op. cit.*, note 53.

122. *Droit de la famille* — 35, [1983] C.S. 49 ; *Droit de la famille* — 271, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 1028, précité, note 85 ; *Droit de la famille* — 1043, [1986] R.D.F. 464 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1049, précité, note 74 ; *Droit de la famille* — 1058, [1986] R.D.F. 674 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1089, précité, note 84 ; *Droit de la famille* — 1088, précité, note 87 ; *Droit de la famille* — 1152, précité, note 72 ; *F. S. c. G. D.*, précité, note 70 ; *Droit de la famille* — 841, précité, note 75.

123. *Supra*, note 102.

124. Voir par exemple : *Droit de la famille* — 1462, [1991] R.D.F. 618 (C.A.).

125. *Supra*, note 42.

Une contribution « au mariage » et non « au patrimoine », ainsi que le distingue savamment le juge Vallerand¹²⁶. Distinction qui sera reprise *ad nauseam* par tous les juges qui requièrent une preuve directe blindée. Jusqu'à ce que la Cour suprême indique que la distinction a pour résultat de priver l'article 559 du *Code civil du Québec* de l'effet recherché par le législateur¹²⁷...

Entre la force contraignante du contrat et les règles de preuve civile, le blocus est si efficace en effet que l'article 559 du *Code civil du Québec* risque de rester lettre morte.

6.2.2.2 La preuve indirecte

La Cour d'appel doit donc pondérer ses affirmations et réviser son application de la disposition législative. La preuve indirecte, par déduction, est permise¹²⁸. L'appréciation judiciaire doit être générale et non comptable, l'approche doit être globale¹²⁹.

Le lien entre apport et enrichissement peut être indirect : les sommes payées par l'épouse pour les vivres permettent que d'autres soient consenties aux paiements hypothécaires. Il a fallu attendre 1989, le jugement des contributions-au-mariage-et-au-patrimoine¹³⁰ lui-même, et sans doute aussi l'effet de la lecture par quelques juges de l'article de Pierrette Rayle¹³¹ pour que l'apport financier des épouses, utilisé pour les dépenses courantes de la famille, épicerie et vêtements surtout, cesse de disparaître dans le néant judiciaire.

La comptabilité précise et exacte sied mal aux relations conjugales¹³². La preuve de l'apport pourra donc être indirecte¹³³. L'adoucissement per-

126. *Droit de la famille* — 67, précité, note 33, 152 (C.A.).

127. *M. E. M. c. P. L.*, précité, note 33.

128. Voir pour la Cour d'appel : *Droit de la famille* — 144, précité, note 33 (C.A.); *Droit de la famille* — 357, précité, note 33; *Droit de la famille* — 383, précité, note 75; *Droit de la famille* — 519, précité, note 105; *Droit de la famille* — 629, [1989] R.J.Q. 804 (C.A.); *Droit de la famille* — 636, précité, note 75; *Droit de la famille* — 649, précité, note 71.

129. Voir pour la Cour d'appel : *M. D. c. P. H. D.*, précité, note 88; *Droit de la famille* — 594, précité, note 33; *Droit de la famille* — 636, précité, note 75; *Droit de la famille* — 649, précité, note 71; *Droit de la famille* — 661, précité, note 74; *Droit de la famille* — 1422, précité, note 76; *Droit de la famille* — 1423, [1991] R.D.F. 384 (C.A.).

130. *Droit de la famille* — 594, précité, note 33.

131. P. RAYLE, *loc. cit.*, note 67.

132. *Droit de la famille* — 167, précité, note 56; *Droit de la famille* — 67, précité, note 33 (C.A.); *Droit de la famille* — 1047, précité, note 75; *Droit de la famille* — 345, précité, note 114; *M. D. c. P. H. D.*, précité, note 88; *Droit de la famille* — 1182, précité, note 76.

133. *Droit de la famille* — 144, précité, note 33 (C.A.); *Droit de la famille* — 357, précité, note 33; *Droit de la famille* — 383, précité, note 75.

met la preuve par le vide : un salaire d'épouse dont il ne reste rien. La déduction de l'apport est permise. L'adoucissement ne sert cependant qu'au regard des apports de nature financière.

L'apport en biens de l'épouse n'est plus restreint à une contribution au mariage qui améliore le train de vie familial. Le lien causal entre l'apport de l'épouse et l'enrichissement du mari peut être déduit. En clair, cela signifie que les juges reconnaissent que le paiement par l'épouse des dépenses fongibles a permis de libérer des liquidités. Et que, lorsque ces liquidités ont servi à capitaliser au seul nom du mari, l'épouse peut recevoir compensation. Lorsque les juges imputent par déduction le salaire gagné par l'épouse à l'enrichissement du conjoint, ils n'en imputent jamais plus de la moitié¹³⁴, alors que le salaire du mari est présumé tout entier au bénéfice de la famille ou de l'acquisition d'actif, en contradiction avec la réalité du pouvoir souverain des maris de dépenser à leur guise¹³⁵, lequel n'est mis en cause dans aucun des jugements étudiés¹³⁶.

Bien que les tribunaux soient à présent autorisés légitimement à interpréter l'article 559 du *Code civil du Québec* comme une disposition législative visant à rétablir l'équité financière des conjoints¹³⁷, les juges ne considèrent l'apport des épouses et l'actif des maris que pour partie, ou à une valeur minime. Plus encore, des juges et la Cour d'appel elle-même ont

134. *Droit de la famille* — 383, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 1085, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 144, précité, note 33 (C.A.).

135. Le « droit souverain » est une locution qui caractérise l'appropriation de ressources fondée sur le droit de propriété individuel du bien qui sert à financer l'achat et fondée sur le pouvoir d'en décider seul. Les épouses ont généralement un mode d'appropriation du type « droit restreint » ou « droit conditionnel » fondé sur la nécessité de l'achat, autorisé par la famille. Voir J. KELLERHALS, J. COENEN-HUTHER et M. MODAK, *op. cit.*, note 53.

136. Par exemple, dans *Droit de la famille* — 1094, précité, note 75, est tout à fait acceptable et accepté le fait que le mari garde pour son usage strictement personnel le quart de son salaire, ou dans *Droit de la famille* — 1152, précité, note 72, que le mari achète pour lui-même des jouets et appareils dispendieux qu'il interdit à sa femme de toucher.

137. *Droit de la famille* — 345, précité, note 114 ; *Droit de la famille* — 379, précité, note 72 ; *Droit de la famille* — 441, précité, note 71 ; *Droit de la famille* — 1167, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 1168, précité, note 74 ; *Droit de la famille* — 1184, précité, note 36 ; *Droit de la famille* — 1178, précité, note 71 ; *Droit de la famille* — 1227, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 698, précité, note 108 ; *Droit de la famille* — 755, précité, note 44 ; *Droit de la famille* — 1327, précité, note 95 ; *Droit de la famille* — 871, précité, note 110 ; *Droit de la famille* — 903, précité, note 108 ; *Droit de la famille* — 1487, [1991] R.J.Q. 2920 (C.S.).

résisté à l'application assouplie¹³⁸. La résistance a des motivations qui échappent même au droit.

Des juges exigeront presque jusqu'à la fin de l'application de l'article 559 du *Code civil du Québec* une preuve directe, l'application stricte des règles du droit civil :

Si l'on regarde donc les faits brutalement, l'intimée [...] n'a directement déboursé aucune somme relativement à cette maison¹³⁹.

Des juges libéreront donc le mari des obligations contractées au contrat de mariage, ou se serviront du contrat pour faire obstacle à la prestation compensatoire réclamée par l'épouse, ou permettront l'annulation d'un contrat de transfert de propriété ou interdiront à l'épouse le profit résultant de l'inflation.

Une seule décision de la Cour d'appel sera suivie docilement, sans hasard aucun : celle qui énonce que les tâches domestiques et le soin des enfants, les « charges normales » de l'épouse, ne sont pas, comme tels, compensables.

En 1992, la Cour suprême cassera de belle façon l'interprétation restrictive de la Cour d'appel : la distinction entre contributions au mariage et contributions au patrimoine n'a pas sa raison d'être. Les tâches domestiques sont sujettes à compensation. Il s'agit d'un apport fluide, appréciable dont l'exclusion enlève toute vue d'ensemble nécessaire à l'appréciation de l'échange conjugal. L'article 559 du Code civil permet une redistribution des actifs, en tenant compte du régime matrimonial dans la mesure où les ententes entre les conjoints ne sont pas source d'inéquité¹⁴⁰.

Plus de deux ans après l'adoption de la « loi sur le patrimoine familial¹⁴¹ », la Cour suprême interprète donc l'article 559 du *Code civil du*

138. Voir pour la Cour d'appel : *Droit de la famille* — 391, précité, note 110 ; *M. D. c. P. H. D.*, précité, note 88 ; *Droit de la famille* — 871, précité, note 110. Pour la Cour supérieure : *Droit de la famille* — 1145, précité, note 87 ; *F. S. c. G. D.*, précité, note 70 ; *Droit de la famille* — 485, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 503, précité, note 47 ; *Droit de la famille* — 1182, précité, note 76 ; *Droit de la famille* — 615, précité, note 98 ; *Droit de la famille* — 841, précité, note 75 ; *Droit de la famille* — 848, [1990] R.J.Q. 1544 (C.S.) ; *Droit de la famille* — 1403, précité, note 110.

139. *Droit de la famille* — 969, précité, note 89, 160 (C.A.) (j. Baudouin).

140. *M. E. M. c. P. L.*, précité, note 33.

141. L'article 559 C.c.Q. a été abrogé par la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, modifiée par L.Q. 1990, c. 5, surnommée la « loi sur le patrimoine familial ». La prestation compensatoire ne disparaît pas pour autant : C.c.Q., art. 462.14-462.17 C.c.Q., maintenant l'article 427 C.c.Q., L.Q. 1991, c. 64. Son application sera cependant plus limitée, le patrimoine familial sujet au partage égal incluant l'essentiel des biens détenus

Québec comme permettant la compensation des « charges normales », les tâches domestiques et du soin des enfants. Leur exclusion ne permet pas une vue d'ensemble significative et risque d'amener des injustices. Si cet apport n'est pas quantifiable, il est par ailleurs appréciable dans sa qualité et dans le bénéfice indirect qui en résulte. Les juges doivent faire une évaluation globale de la situation matrimoniale pour mettre en lumière les arrangements convenus par les parties et les résultats patrimoniaux qui en ont résulté. Ils doivent respecter ces arrangements dans la mesure où ils ne sont pas cause d'inéquité. Le retrait du marché du travail pour prendre en charge la domesticité est compensable. Les tribunaux doivent tenir compte de l'impact économique du délaissement de carrière pour pourvoir aux besoins familiaux¹⁴².

L'interprétation restrictive des tribunaux québécois est donc infirmée, et de belle manière. Comment expliquer pareil cafouillage ? Changer de règle, changer l'ordre des choses, ne procède que pour une infime part d'un acte de raison, d'une perméabilité à la persuasion ou d'une adhésion à l'autorité. Changer de règle est un processus émotif. La saga de l'article 559 du *Code civil du Québec* l'illustre remarquablement. Il faudrait une autre étude pour comprendre pourquoi le passage a été si chaotique, le partage du pouvoir et des privilèges si douloureux, et pour savoir s'ils le sont davantage dans les sociétés de culture latine.

Des 123 épouses qui soumettent à l'adjudication d'un tribunal une requête pour prestation compensatoire, 83 s'en verront accorder une. Pour la moitié d'entre elles, la valeur compensatoire reçue représente le quart ou moins de la valeur rapportée du patrimoine mis en cause. Pour 17 p. 100 de celles-ci, elle en représente 10 p. 100 et moins.

7. La résistance judiciaire

Accorder une prestation compensatoire, c'est remettre en cause la légitimité de la propriété d'actifs par l'un des conjoints, évaluer l'échange conjugal à partir de ses résultats et faire acte d'autorité.

Ni le principe de la stabilité du droit, ni le principe de déférence judiciaire n'auront réussi à vaincre les résistances et à donner quelque cohérence à l'activité des tribunaux. Le juge est donc bien ainsi que l'indique Lempereur¹⁴³ : un auditeur tout à fait concret à l'intersection de son

par la majorité des couples québécois. L'esprit de la « loi sur le patrimoine familial » n'a pas véritablement influé sur l'interprétation de l'article 559 du *Code civil du Québec* pour les jugements prononcés après son entrée en vigueur (32 p. 100 des jugements étudiés)...

142. M. E. M. c. P. L., précité, note 33.

143. A. LEMPEREUR, *loc. cit.*, note 24.

système individuel et de son appréhension du système juridique, partagé entre eux.

Majoritairement, les juges n'ont pas examiné l'équité de l'échange pour l'épouse. Comme si les attentes de réciprocité des épouses n'avaient pas lieu d'être. Comme si toute la question n'était pas là. Le vieux principe du don. Une persistance à ne penser l'échange conjugal que dans les termes de l'ordre ancien.

L'article 559 du *Code civil du Québec* permettait d'examiner l'inéquité des résultats, de répartir les crédits. Les juges ont, de manière générale, refusé d'examiner les attentes de réciprocité, l'insatisfaction, d'évaluer pour les épouses les contributions faites et les récompenses reçues, de prendre en considération la dépendance des épouses, le caractère irrécupérable des investissements consentis, d'autant plus grand si la requête pour prestation compensatoire n'est pas accueillie.

La norme de répartition réelle qui est appliquée est proportionnelle aux actifs déclarés des maris bien plus qu'aux contributions des épouses.

Aucun mari n'est jugé débiteur de contributions reçues de l'épouse et dilapidées. Les contributions d'épouses n'ont pas de valeur en elles-mêmes. Au mieux, elles ne valent qu'une part de ce que vaut le mari, de ce qu'il y a d'actif accumulé et déclaré.

En fait, la loi nouvelle n'a pas amené les juges à changer leurs vieux schémas de l'épouse dévouée et du mariage pour leur donner l'application souhaitée par le législateur. L'égalité du partage devra procéder de la volonté de l'Assemblée nationale de forcer le passage d'une norme à une autre¹⁴⁴, d'un ordre des choses à une nouvelle façon de concevoir l'échange conjugal. Un nouveau schéma.

En 1989, la « loi sur le patrimoine familial¹⁴⁵ » modifie le *Code civil du Québec* en décrétant la constitution d'un patrimoine familial sans égard aux droits de propriété des époux¹⁴⁶, qui se partage à parts égales¹⁴⁷.

Les parlementaires québécois auront assuré le passage à une règle d'égalité civile et, pour nombre de conjoints, à une règle d'égalité économique au regard des biens acquis. La loi aura-t-elle pour effet de modifier les rôles, le pouvoir intime ?

144. *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, modifiée par L.Q. 1990, c. 5, surnommée la « loi sur le patrimoine familial ».

145. *Ibid.*

146. C.c.Q., art. 462.1.

147. C.c.Q., art. 462.3.

Changer la règle de l'échange conjugal commande de modifier des schémas fondamentaux. Ceux de la femme, de l'homme, de l'épouse et du mari. Mais plus profondément encore, on peut poser l'hypothèse que changer la règle de l'échange conjugal requiert de modifier les schémas du père et de la mère, sur lesquels tout est construit.

Conclusion

Changer d'autorité les conditions du plus intime des échanges humains ? La société québécoise est passée, en l'espace de 25 ans, en droit, d'une conjugalité patriarcale à une conjugalité égalitaire.

Au monde de l'homme économique, des femmes ont remis en question la légitimité du pouvoir mâle et demandé que soit examiné le rapport conjugal au regard d'un aspect, une unité de mesure objective, la plus valorisée socialement, soit les résultats économiques de l'échange conjugal.

Au Québec, l'examen des résultats de l'échange conjugal inscrit dans le droit à l'article 559 du *Code civil du Québec* remet en question la légitimité de l'appropriation exclusive des actifs par les maris. Pendant sept ans, la société québécoise confie aux juges le devoir d'examiner les comptes et le pouvoir d'ordonner une répartition en équité.

Sauf dans le cas des juges de la Cour suprême, les juges se sont généralement montrés réfractaires à compenser les contributions spécifiques des épouses, les tâches domestiques et le soin des enfants, invoquant tour à tour la force contraignante du contrat et les règles de la preuve civile. Réfractaires à changer l'ordre des choses, à donner effet au droit nouveau.

Devant la résistance à changer l'ordre ancien, la légitimité nouvelle ne pouvait venir rapidement que d'un acte d'autorité, fixé dans le droit.

Changer l'ordre des choses ne peut advenir qu'après qu'a été changée l'idée que l'on se fait de soi et de l'autre, qu'après qu'ont été conceptualisés des catégories nouvelles, des rapports nouveaux.

Changer la règle de la conjugalité requiert de changer et les pouvoirs et la perception même de son identité. De la même manière que s'opèrent les changements sociaux, le changement identitaire commandant une répartition nouvelle des pouvoirs.

Dans un monde gouverné par la théorie des rôles et des ressources, une répartition nouvelle des pouvoirs conjugaux n'a pu advenir qu'après qu'a été modifiée la représentation symbolique que les femmes ont d'elles-mêmes. Et qu'elles l'ont posée dans les forums publics, sociaux et judiciaires.

Au changement symbolique s'est joint le problème posé à la collectivité par les effets de la rupture conjugale, pour que s'opère par le droit le passage vers de nouvelles légitimités. Dans la durée, l'avantage de la collectivité est donc aussi un facteur à prendre en considération pour évaluer l'équité des rapports humains et l'intérêt à en changer les modalités.

Outre la pauvreté des épouses, la collectivité québécoise devra bientôt faire face au problème de leur détresse psychologique, à son ampleur et à ses coûts. Ainsi, 9 p. 100 des épouses divorcées, soit 2 000 épouses par année, souffrent de dépression sévère, nécessitant soins et thérapies. Un résultat aux répercussions sociales et financières inquiétantes, qui rend nécessaire l'étude des causalités.